This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 222 113

BURI

Gefahr und versuch in der zweiten auflage des ersten bandes der normen 1890

1891

GER
9 81
BUR

HARVARD
LAW
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

Separat-Abdruck
aus „Gerichtssaal XLIV. Band“.

Gefahr und Versuch in der zweiten Auflage des ersten Bandes der Normen 1890.

Von v. Buri.

Binding hat in diese zweite Auflage eine Anzahl neuer Paragraphen aufgenommen und eine Anzahl anderer Paragraphen in derselben umgestaltet. Unter diesen Paragraphen ist der von der Gefahr und dem Versuche handelnde §. 53 der wichtigste, obgleich für diese Materien die Theorie der Normen keine Bedeutung zu haben scheint. Die Ausführungen zur Causalität sind hingegen die nämlichen geblieben. Es wird nur noch in der Note 3 zu §. 17 angekündigt, daß in dem bevorstehenden zweiten Bande des Handbuchs der Kampf gegen die Causalitätstheorie v. Buri's und der Strafsenate des Reichsgerichts aufgenommen werden solle, und in Note 10 zu §. 48 denselben der Vorwurf gemacht, ihr Causalitätsbegriff sei ein rein mechanischer, für die Geisteswissenschaften ganz unbrauchbarer. Nun ist aber doch diese Theorie bereits vielfach als zutreffend anerkannt, diejenige Binding's hingegen beinahe allseitig abgelehnt worden, wie beides wieder in neuester Zeit mit größter Entschiedenheit in dem Buche von Professor Landsberg über die Commissivdelicte durch Unterlassung S. 15, 41 fg. geschieht. Sodann würde ja wohl der Gegensatz der mechanischen Causalität die Rechtscausalität sein. Aber Binding sagt selbst (S. 340), das Recht könne keinen Causalzusammenhang da hervorzaubern, wo keiner sei, und ebenso wenig kann es einen vorhandenen Causalzusammenhang wegzaubern. Darum ist der

Digitized by Google

Causalzusammenhang dem Recht überhaupt unzugänglich, und es kann ihm gegenüber nur zu der Bestimmung berufen sein, unter welchen Voraussetzungen und inwieweit es demselben rechtliche Bedeutung beilege, unter welchen Voraussetzungen und inwieweit also insbesondere der Verursacher eines Causalverlaufs strafrechtlich für denselben haften solle. Eine Verschmelzung dieser beiden streng geschiedenen Gesichtspuncte — Causalität und Verantwortlichkeit für dieselbe — in den einen der Rechtscausalität wird demnächst schwerlich gelingen.

Nur im Allgemeinen sei hier bemerkt, daß Binding die Verursachung des Erfolgs als einen Kampf der zu ihm hinführenden und der von ihm abhaltenden Kräfte betrachtet. Solange sich diese Kräfte das Gleichgewicht halten, kann der Erfolg unmöglich eintreten. Sobald aber die Kräfte des pro auch nur das leiseste Uebergewicht über diejenigen des contra erlangen, muß er mit Nothwendigkeit eintreten. Daher soll die Kraft, welche dieses Uebergewicht verliehen hat, die Ursache, — die Kräfte aber, welche lediglich das Gleichgewicht hergestellt haben, sollen die Bedingungen für diese Ursache sein. Diese Theorie, welche offenbar auf der rein mechanischen Causalität beruht, bedeutet aber, daß nur die letzte, dem Eintritt des entstandenen Erfolgs unmittelbar vorausgegangene Wirksamkeit die ursachliche ist. In welchem Verhältniß sich die bedingenden Wirksamkeiten zu den ursachlichen befinden, wird auch jetzt nicht zum klaren Verständniß gebracht, es wird jedoch angenommen werden müssen, daß zwischen ihnen eine causale Verschiedenheit bestehen, die Wirkung der bedingenden Kräfte also eine absolut geringere sein soll wie diejenige der ursachlichen Kraft. Diese causale Verschiedenheit der Wirkungen muß selbstverständlich von dem Gesetze anerkannt werden. Es kann der geringeren Wirkung nicht die gleiche rechtliche Bedeutung beilegen wie der absolut von ihr verschiedenen ursachlichen Wirkung, und so gelangt man, wenn es sich um eine strafrechtliche Theilnahme handelt, zu der Folgerung: die letzte Wirkung muß stets diejenige des Thäters, die ihr vorausgegangenen Wirkungen können nur diejenigen der Gehülfen sein. Nun ist die Haltbarkeit dieses Satzes schon oft genug widerlegt worden. Er

Digitized by Google

läßt insbesondere im Stich, wenn sich mehrere Kräfte gleichzeitig als letzte zur Geltung gebracht haben, und schließt die Reihenfolge von Mitthätern aus. Hauptsächlich aber entzieht derselbe die Möglichkeit einer Entscheidung, wenn die letzte Wirkung als eine fahrlässige auf vorausgegangene dolose Wirkungen folgt, oder sie diejenige eines Unzurechnungsfähigen, eines Thiers oder einer Naturkraft war. Denn ihrer Wirkung nach bleibt die letzte, ursachliche, Kraft die nämliche, mag sie eine verschuldete oder nicht verschuldete sein, und man hat darum, sollte sie auch von einer vorausgegangenen schuldhaften Kraft in Aussicht genommen gewesen sein, in diesen Fällen keinen Thäter; sonach aber auch keinen Gehülfen, weil er nur ein Accessorium des Thäters sein soll. Wie Binding diese Schwierigkeiten, welche seine Causalitätstheorie der Theilnahme bereitet, in dem zweiten Theile seines Handbuchs überwinden will, hat er in dem vorliegenden Werke nicht angedeutet, und ebenso wenig ist in seinen früheren Werken ein genügender Aufschluß hierüber enthalten. (Causalität 1885 S. 58 fg; Gerichtssaal 1878 Beilageheft S. 93 fg.)

Es mußte aber hier auf seine Causalitätstheorie hingewiesen werden, weil sie ergibt, daß sein jetzt eingehend erörterter Gefahrbegriff, welcher die Gefahr als einen gegenwärtigen objectiven Zustand in Betracht zieht, nicht für zutreffend gehalten werden darf. Denn kann, solange sich die Kräfte im Gleichgewicht befinden, der Erfolg unmöglich eintreten, und muß er sofort mit Nothwendigkeit eintreten, sobald die zu ihm hinwirkenden Kräfte das Uebergewicht über die von ihm abhaltenden erlangt haben, so ist auch keine Zeit und kein Raum vorhanden, innerhalb deren das Geschehende als ein objectiver Zustand der Gefahr existiren könnte.

Gesagt wird nur, der Gesetzgeber betrachte die Gefährdung nicht als theilweise Verletzung, sondern als eine eigenthümliche Beeinträchtigung des gefährdeten Guts in der Ungestörtheit seines Daseins. Gefährdung sei immer die Zufügung des materiellen Schadens der Erschütterung der Daseinsgewißheit, der Sicherheit des Rechtsbestandes, und zwar sei dieser materielle Schaden darin enthalten, daß der gefährdende Angriff auf das Rechtsgut dessen fraglose Fähigkeit, unverletzt weiter zu bestehen, in Frage stelle.

Digitized by Google

Erreicht sei der Höhepunkt der Gefahr, wenn ein Spannungsverhältniß zwischen den hinführenden und abhaltenden Kräften dergestalt sich ergeben habe, daß kraft Erfahrung unser Verstand das alsbaldige Hinauswachsen jener über den Widerstand dieser besorgen müsse. Daß eine Befürchtung erregt worden sei, erscheine für die Gefährdung nicht als wesentlich.

Zutreffend ist in dieser Erörterung, daß die Erregung von Angst und Besorgniß nicht als ein wesentliches Merkmal der Gefahr betrachtet werden kann. Denn es sind dies Zustände des Subjects, die auf das Bestehen oder Nichtbestehen der Gefahr keinen Einfluß zu äußern vermögen, wenn sie ein gegenwärtiger, objectiver Zustand ist. Wesentlich für die Verursachung einer Gefahr würde daher nur sein, daß der herbeigeführte Zustand des Objects beziehungsweise die Lage desselben, in welcher es sich innerhalb herbeigeführter gegebener Verhältnisse befindet, das auf die Erfahrung gestützte bestimmte oder weniger bestimmte Urtheil rechtfertigt, es werde zukünftig eine Verletzung erleiden, welche es andernfalls im natürlichen Verlaufe der Dinge nicht erleiden würde. Nun kann aber selbstverständlich durch dieses Urtheil der gegenwärtige objective Zustand der Gefahr nicht herbeigeführt werden, und es kann dasselbe vielmehr nur bestätigen, daß er unabhängig von ihm bestehe. Darum müßte dieser Zustand ausschließlich in dem Objecte enthalten sein. Das ist jedoch nicht der Fall; denn die gegenwärtige schlechte Beschaffenheit des Objects kann den gegenwärtigen Zustand der Gefahr noch nicht enthalten, da sich dieselbe stets noch weiter verschlechtern muß, bevor die Verletzung eintreten kann, so daß schließlich Gefahr und Verletzung zusammenfallen. Ist es aber nicht der gegenwärtige, sondern der zukünftige Zustand des Objects, welcher den Eintritt der Verletzung ermöglicht, und kann aus der Zukunft des Objects ein gegenwärtiger Zustand desselben nicht hergeleitet werden, so kann auch die Gefahr kein gegenwärtiger objectiver Zustand sein. Daraus ergibt sich jedoch, daß die Gefahr lediglich als eine subjective Schlußfolgerung betrachtet werden darf.

Auch wird dem gefährdeten Objecte durch die Gefahr kein gegenwärtiger materieller Schaden zugefügt. Das brennende Haus

Digitized by Google

ist nur insoweit geschädigt, als es brennt, und das vom Feuer noch nicht ergriffene Nachbarhaus gegenwärtig noch unversehrt. Seine Daseinsgewißheit erscheint darum in der Gegenwart keineswegs erschüttert. Die Infragestellung seiner Fähigkeit aber, unversehrt weiter zu existiren, beruht auf einer Beurtheilung der Zukunft, welche allerdings zu einer gegenwärtigen Werthverminderung desselben führen kann. Allein dieselbe wird nicht aus dem gegenwärtigen Zustand des bedrohten Rechtsgutes hergeleitet, der, wenn er so bliebe, wie er ist, ein Gefahrurtheil überhaupt nicht aufkommen lassen würde. Was von der Befürchtung gilt, wird ja wohl auch von der Hoffnung zu gelten haben, aber es wird nicht behauptet werden, daß die Erwartung eines vortheilhaften Zuwachses zu dem Rechtsgut ein gegenwärtiger Zustand desselben sei, wenn schon dessen Werth hierdurch erhöht werden kann.

Endlich ist es natürlich richtig, daß die Gesetzgebung den Gefahrbegriff anerkennt, aber es erhebt auch die Theorie des subjectiven Gefahrbegriffs dagegen keinen Widerspruch, sondern sie stellt nur in Abrede, daß durch diese Anerkennung die Gefahr in einen gegenwärtigen objectiven Zustand umgewandelt werde. Es ist jedoch auch die Frage, ob der Gesetzgeber die Gefahr als einen solchen Zustand ansehen, oder ob er nicht vielmehr lediglich das Sicherheitsbewußtsein schützen wollte, welches die Objectivität der Gefahr nicht zur Voraussetzung hat. Wie die betreffenden gesetzlichen Vorschriften liegen, mag es ja sein, daß die Strafe für die Herbeiführung einer Gefahr selbst dann eintreten muß, wenn dieselbe bereits vorübergegangen war, bevor sie wahrgenommen wurde, und die betreffende, als gefährlich angesehene Handlung sogar einen günstigen Erfolg herbeigeführt hatte. Daß aber die Bestrafung in diesen Fällen, namentlich auch wegen Fahrlässigkeit, der bewußten Intention des Gesetzgebers entspreche, dürfte nicht durchaus zweifellos sein.

Jedenfalls darf von der Theorie der objectiven Gefahr nicht übersehen werden, daß, wenn die Gefahr ein objectiver Zustand sein soll, die richtige Beantwortung der Frage, ob sie bestehe oder bestanden habe, mit Nothwendigkeit durch eine vollständig zutreffende Erkenntniß der Gegenwart — und beziehungsweise der

Digitized by Google

Vergangenheit, zu welcher sie bestanden haben soll — bedingt sein muß. Denn die unzureichende Erkenntniß der Gegenwart kann zwar eine Besorgniß, aber keinen objectiven Zustand der Gefahr begründen, mag auch die richtige Erkenntniß eine schwierige oder sogar eine unmögliche gewesen sein. Und daß die Gegenwart nicht richtig erkannt worden ist, kann die Zukunft lehren. Wird der Abbruch eines nach allgemeiner Erfahrung baufälligen Hauses obrigkeitlich angeordnet, es ergibt sich aber bei dem Abbrechen desselben, daß es aus bestem Eichenholz construirt ist, so daß sein Einsturz in absehbarer Zeit nicht befürchtet zu werden braucht, und wird hierauf die obrigkeitliche Anordnung aufgehoben, so muß es doch wohl als eine ganz unmögliche Zumuthung bezeichnet werden, daß man demungeachtet das Haus seiner objectiven Beschaffenheit nach für gefährdet gewesen halten solle. Darum kann von der Herbeiführung eines objectiven Zustandes der Gefahr niemals geredet werden im Falle der Ermittelung von Thatsachen, welche zu der Zeit, zu der die Gefahr verursacht worden sein soll, bereits existirten und, wenn sie bekannt gewesen wären, das Gefahrurtheil ausgeschlossen haben würden. Wollte man bestreiten, daß der Feststellung einer objectiven Gefahr eine durchaus zutreffende Würdigung der gegenwärtigen Verhältnisse vorauszugehen habe, so würde man zu einer nur fingirten Gefahr gelangen.

Wäre diese Erörterung als richtig anzuerkennen, so ist ersichtlich, daß der Begriff der objectiven Gefahr gegenüber seiner bisherigen Behandlung eine wesentliche Einschränkung dahin zu erleiden hat, daß, im Falle auch unser auf die Erfahrung gestützter Verstand ihre Existenz bestätigt, dieselbe dennoch als ein bestehender oder bestandener objectiver Zustand nicht anerkannt werden darf, wenn die gegebenen Verhältnisse nicht richtig gewürdigt worden waren. Nur durch eine unzutreffende Inbetrachtnahme zukünftiger Ereignisse würde darum der objective Zustand der Gefahr nicht ausgeschlossen werden — wenn es eben als richtig anerkannt werden müßte, daß derjenige objective Zustand ein gegenwärtiger objectiver Zustand der Gefahr sei, welcher die subjective Besorgniß vor einer zukünftigen Verletzung hervorrufe. Finger erörtert zwar in seiner bemerkenswerthen Abhandlung über den

Digitized by Google

Begriff der Gefahr, 1889 S. 60, die zur Zeit der Handlung unbekannt gewesenen Umstände dürften, wenn sie auch zu dieser Zeit bereits existirt hätten, bei der Feststellung der Gefahr nicht in Erwägung gezogen werden, weil man sonst zu einer Beurtheilung des Causalverlaufs ex post, hiermit aber zu der Einsicht gelangen müsse, daß der Gefahrbegriff überhaupt unhaltbar sei. Allein es handelt sich bei der vorstehenden Erörterung nicht um eine Beseitigung der Theorie der objectiven Gefahr, sondern nur um eine Berichtigung derselben, zu welcher man auch dann gelangen muß, wenn man die objective Natur der Gefahr anerkennt. Ohne Bedeutung ist es namentlich auch für dieselbe, ob der Handelnde die richtige Erkenntniß der gegebenen Verhältnisse besessen hatte oder nicht. War nach vollständiger Prüfung der Gegenwart eine objective Gefahr in Wirklichkeit nicht herbeigeführt worden, so würde er in diesem Falle höchstens des Versuchs schuldig sein und unter keinen Umständen für Fahrlässigkeit haften.

Mit welchem Grade von Bestimmtheit das Gefahrurtheil die Verletzung in Aussicht stellen müsse, darüber ist unerachtet lebhaften Kampfes noch keine Einigung erzielt worden. Die Wahrscheinlichkeit soll einen zu großen Anspruch an die Gefahr machen, die Möglichkeit und Denkbarkeit aber sollen zu geringe Erfordernisse für dieselbe sein. Wie sich die nahe Möglichkeit zur Wahrscheinlichkeit verhalte, was die Ausdrücke: einige Wahrscheinlichkeit, erheblich, beträchtlich bedeuten sollen, läßt sich mit Zuverlässigkeit nicht ermitteln, und die Feststellung der Gefahr nach einem Procentverhältniß ist ganz undurchführbar. Was endlich Binding anbelangt, so meint derselbe nur, daß die Größe der Gefahr nicht bei allen Gefährdungsdelicten die nämliche zu sein brauche. Aber wenn die Gefahr nicht eine überall sich gleich bleibende, genau angebbare Gestalt besitzt, so kann sie doch auch kein objectiver Zustand sein. Vielmehr lehrt die Unmöglichkeit, einen ein für allemal zutreffenden Beginn der Gefahr festzustellen, daß ihre Annahme lediglich auf subjectiver Willkür beruht.

Eine concrete Gefahr kann jedenfalls nur dann bestehen, wenn die vollständig in Betracht gezogenen concreten Umstände des einzelnen Falles den Schluß auf das Bevorstehen einer concreten

Digitized by Google

Verletzung rechtfertigen. Eine abstracte oder auch, was kaum verschieden ist, generelle Gefahr, die lediglich aus dem Allgemeinbegriff der betreffenden Handlung hergeleitet werden soll (v. Kries, v. Rohland), ohne daß sie in dem concreten Falle zu bestehen brauchte, kann kein objectiver Zustand sein. (Gerichtssaal 1887, S. 506 fg. Finger l. c.) Auch Binding spricht sich entschieden gegen diese Theorie der generellen Gefahr aus, und es kann nur nicht anerkannt werden, daß sie sich auf der Theorie aufbaue, welche die Gefahr als einen objectiven Zustand überhaupt in Abrede stellt. Denn die objective Natur der Gefahr bestreitet dieselbe nicht. Soll hiernach eine abstracte Gefahr, welche in concreto einen objectiven Zustand der Gefahr nicht begründet, angenommen werden, so kann diese Annahme nur eine Fiction sein, die lediglich dem Gesetzgeber zusteht. Derselbe hat von dieser abstracten Gefahr reichlichen Gebrauch gemacht, sowohl bei den Uebertretungen als bei den Vergehen und Verbrechen. Zu diesem Ende verbietet er eine bestimmte Handlung, bezüglich deren er annimmt, ihre Vornahme lasse in zahlreichen oder weniger zahlreichen Fällen die Herbeiführung einer Gefahr befürchten, oder weil er sie auch nur als unzuträglich mit dem gesunden Leben der Allgemeinheit ansieht. Bestraft aber wird die Vornahme der Handlung jedesmal, mag sie auch in dem concreten Falle eine Gefahr nicht herbeigeführt haben. Eine Abweichung von dieser abstracten Gefahr bieten die zahlreichen Paragraphen des St.G.B.'s dar, in welchen zwar die Handlung wegen ihres abstracten Geeignetseins zur Erregung einer Gefahr bestraft, aber die Frage, ob sie in abstracto geeignet sei, nicht von dem Gesetze selbst durch das ausnahmslose Verbot der Handlung beantwortet, und vielmehr ihre Beantwortung dem Richter zugeschoben wird. Wer mittelst eines gefährlichen Werkzeugs eine Körperverletzung zufügt, soll nach §. 223a St.G.B.'s bestraft werden, mochte er auch durch sorgfältige Anwendung desselben jede concrete Gefahr einer erheblicheren als der zugefügten Körperverletzung ausgeschlossen haben. Aber nach welchem Maßstab soll denn nun der Richter die abstracte Gefährlichkeit des Werkzeugs ermessen, soll er hierbei von der Wahrscheinlichkeit, der Möglichkeit oder der

Digitized by Google

Denkbarkeit ausgehen, daß unter anderen als den vorgelegenen Umständen eine erhebliche Verletzung hätte herbeigeführt werden können? Das Gesetz gibt ihm keine Verhaltungsmaßregel und setzt ihn hierdurch in die größte Verlegenheit. (Gerichtssaal 1883 S. 347.) Die Praxis sieht sich darum zu der Annahme veranlaßt, ein gefährliches Werkzeug sei dasjenige, welches nach seiner objectiven Beschaffenheit und der concreten Art und Weise seiner Anwendung eine erhebliche Körperverletzung habe befürchten lassen. Aber die Bezugnahme auf die concreten Umstände der That widerspricht der Intention des Gesetzes, da es die Gefährlichkeit des Werkzeugs nicht hätte zu betonen brauchen, wenn es sich mit der concreten Gefahr hätte begnügen wollen. Denn auch durch ein in abstracto für ungefährlich zu haltendes Werkzeug kann dieselbe herbeigeführt werden. Diese Schwierigkeiten werden dem Richter von dem St.G.B. in den verschiedensten Gestaltungen bereitet. Von besonderem Interesse ist hier auch der Zweikampf geworden. Daß für die Bestrafung desselben eine in concreto hervorgerufene Gefahr für Leib und Leben erforderlich sei, wird bestritten werden müssen. Vielmehr verlangt hier der Gesetzgeber zweifellos, wie ich glaube, daß das Gericht, allerdings unter Zugrundelegung der Beschaffenheit der in concreto benutzten Waffe, sowie der in concreto für den Zweikampf festgesetzten Regeln, im Uebrigen aber unter vollständiger Entbindung von allen anderen concreten Umständen, namentlich von der Art und Weise, in welcher der Zweikampf ausgefochten wurde, der Persönlichkeit und Geschicklichkeit der Gegner u. s. w., in abstracto würdigen soll, ob in dem vollzogenen Zweikampf habe verletzt oder getödtet werden können. (Gerichtssaal 1884.)

Binding meint nun bezüglich dieser Fälle des Geeignetseins, der Gesetzgeber verbiete hier Handlungen, sofern sie zur concreten Gefährdung geeignet seien, d. h. er stelle die Norm auf eine Handlungsform, die principiell diejenige des beendigten Versuchs sei, und bestrafe diesen Versuch als Vollendung. In Wirklichkeit gibt jedoch der Gesetzgeber da, wo er von gefährlichen Werkzeugen, tödtlichen Waffen u. s. w. spricht, nicht entfernt zu erkennen, daß sie auch in concreto gefährlich gewesen sein müßten,

Digitized by Google

und es liegt auch nicht mit Nothwendigkeit der behauptete Versuch vor. Denn das Geeignetsein zur Gefährdung kann nur bedeuten, es sei die Herbeiführung einer Gefahr möglich, es könne aber auch die Gefahr ausbleiben, so daß der Wille auch auf Nichtgefährdung sich richten kann.

Daß der Gesetzgeber nirgends die Gefahr fingire und vielmehr überall eine wirkliche Gefahr verlange, sucht Binding weiter daraus herzuleiten, daß alle Gefährdungsverbrechen zu den Delicten mit gesetzlich geschlossenen Mitteln gehörten, und die vollendete Anwendung des Mittels gegen das geschützte Object stets, weil es taugliches Gefährdungsmittel sei, die Bewirkung der Gefahr bedeute, deren Eintritt daher keineswegs vermuthet werde. Weil die Handlung gefährde, sei sie verboten: die vollendete Uebertretung der Norm müsse Gefährdung sein. Die unvollständige Anwendung des Mittels zum Zwecke der Gefährdung könne sich nicht anders denn nur als Versuch darstellen. Allein es ist doch ersichtlich, daß die vollendete Anwendung eines in abstracto tauglichen Mittels, mag dasselbe auch von dem Gesetze selbst als tauglich bezeichnet worden sein, in dem concreten Falle nicht mit Nothwendigkeit eine Gefahr herbeiführen muß, und vielmehr auch so ungeschickt angewendet werden kann, daß jede Gefahr ausgeschlossen erscheint. Wer in mörderischer Absicht seinem Gegner Arsenik in einer Quantität, welche bei richtiger Verwendung denselben getödtet haben würde, in die Haare streut, hat unerachtet der vollendeten Anwendung des Mittels das Leben desselben nicht gefährdet. Daher könnte die Meinung Binding's nur richtig sein, wenn er unter der vollendeten Anwendung des Mittels eine derartige Anwendung versteht, daß durch dieselbe die Gefahr wirklich herbeigeführt wird. Dann aber bedürfte es keiner Hinweisung auf die Tauglichkeit des vom Gesetze bezeichneten zur Anwendung gebrachten Mittels, und es würde lediglich gesagt sein, das Gesetz verlange die Herbeiführung einer wirklichen Gefahr. Wäre das aber der Fall, so würde nicht einzusehen sein, warum denn das Gesetz bestimmte Mittel bezeichnet hätte, da es doch offenbar bedeutungslos sein müßte, durch welche beliebigen Mittel die Gefahr verursacht wird. Darum beweist gerade die Bezeichnung bestimmter

Digitized by Google

Mittel, deren Anwendung das Gesetz verbietet, daß dasselbe die Herbeiführung einer concreten Gefahr zur Bestrafung wegen Gefährdung nicht verlangt. Der Schluß, weil die Handlung gefährde, sei sie verboten, und es müsse daher die vollendete Uebertretung der Norm Gefährdung sein, ist nicht zutreffend. Denn er geht von der Fiction aus, daß die Handlung in jedem concreten Falle gefährde und darum von dem Gesetze verboten sei, während das Gesetz sie verbietet, weil es sie im Allgemeinen für gefährdend hält, ohne sich der Einsicht zu verschließen, daß sie sich in dem einzelnen Falle auch gefahrlos vollziehen könne. Sollte aber sogar das Gesetz der Meinung gewesen sein, die von ihm verbotene Handlung sei ausnahmslos auch in dem concreten Falle gefährdend, so würde immerhin, wenn sie gefahrlos verlauft und sie dennoch bestraft werden soll, eine fingirte Gefahr bestraft werden. Denn das Gesetz kann eine Gefahr als einen objectiven Zustand da nicht schaffen, wo keine ist. Die vollendete Uebertretung der Norm muß daher keineswegs eine wirkliche Gefährdung und daher auch die unvollständige Anwendung des Mittels nicht mit Nothwendigkeit der Versuch wirklicher Gefährdung sein, deren Herbeiführung vielmehr von dem Willen des Handelnden vollständig ausgeschlossen gewesen sein kann. Hiernach aber bedeutet die vollendete Anwendung des Mittels die Vollendung des Gefährdungsverbrechens, mag eine Gefahr herbeigeführt worden sein oder nicht, und die unvollendete Anwendung des Mittels ist der Versuch dieses, von der Herbeiführung concreter Gefahr unabhängigen, Verbrechens.

Diese Erörterungen erweisen sich an dem §. 322 des St.G.B.'s. Denn wenn hier vorgeschrieben wird: Wer vorsätzlich ein zur Sicherung der Schifffahrt bestimmtes Feuerzeichen oder ein anderes zu diesem Zwecke aufgestelltes Zeichen zerstöre, wegschaffe oder unbrauchbar mache, oder ein solches Feuerzeichen auslösche oder seiner Dienstpflicht zuwider nicht aufstelle, solle mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bestraft werden, so beweist die Höhe dieser ohne Zulassung mildernder Umstände angedrohten Strafe, daß sie im Hinblick auf die Möglichkeit einer durch die Handlung herbeigeführten concreten Gefahr angeordnet worden ist. Aber mag

Digitized by Google

auch derjenige, welcher ein fragliches Zeichen etwa vorsätzlich zerstört, weder eine auf die Herbeiführung einer concreten Gefahr gerichtete Absicht gehabt, noch das Bewußtsein besessen haben, daß seine Handlung in concreto gefährde, und mag auch eine concrete Gefahr nicht verursacht worden sein, so muß immerhin die angedrohte Strafe ausgesprochen werden, wenn der Handelnde bei der Zerstörung des Zeichens dasselbe als ein zur Sicherung der Schifffahrt bestimmtes erkannt hatte.

Glücklicherweise sind nicht alle Gefährdungsverbrechen nach dem Muster des §. 322 construirt, und das gilt namentlich auch von dem §. 315 des St.G.B.'s. Daß zu seiner Anwendung eine nach den concreten Umständen der Handlung zu ermessende Gefahr zu verlangen sei, ist unbestritten, und es besteht die Verschiedenheit der Ansichten nur darin, welches Object gefährdet werden müsse, ob der Transport oder ein Transport. Unter dem Transport wird der Bahntransport als Begriff, unter einem Transport hingegen der einzelne Bahnzug verstanden. Nun kann aber ein Begriff nicht unmittelbar, sondern nur in den einzelnen, von ihm umfaßten Objecten verletzt und daher auch nur in diesen Objecten gefährdet werden. Und hieraus ergibt sich, daß im Falle nicht ein einzelnes solches Object gefährdet worden war, der §. 315 nicht zur Anwendung kommen darf. Sieht man hiervon ab, und setzt man die betreffende Handlung in unmittelbare Beziehung zu dem Bahntransport als Begriff, so gelangt man nicht zu einer in concreto bestehenden, sondern nur zu einer in der Idee begründeten Gefahr, deren Annahme vorzugsweise durch die Willkür bedingt wird und insbesondere die Bestrafung der Fahrlässigkeit zu einer ungerechtfertigten gestaltet. Daß das Gesetz durch die Verschiedenheit seiner bezeichneten Ausdrücke nicht eine Verschiedenheit der Beurtheilung herbeiführen wollte, wird anerkannt, und man ist darum keineswegs genöthigt, den wirklichen Willen desselben in dem Transporte zu finden, da man ihn vielmehr auch in dem einen Transport finden, hiermit aber der Ansicht den Vorzug geben darf, welche mit der Rechtslage harmonirt.

Es dürfte aber wohl anzunehmen sein, daß der Gesetzgeber, unbeschadet des von ihm zu gewährenden Schutzes gegen Ge-

Digitized by Google

fährdung, auf die nach dem Ermessen des Richters in abstracto zur Gefährdung geeignete Handlung verzichten könnte, zumal ja auch der Versuch bestraft werden kann, und da, wo der Versuch nicht strafbar sein soll, auch eine Bestrafung der nur in abstracto zur Gefährdung geeigneten Handlung nicht gerechtfertigt erscheint. Es würde dann lediglich die concrete, d. h. die ausschließlich nach den concreten Umständen des einzelnen Falles zu bemessende Gefahr, die man, wenn schon die Gefahr kein objectiver Zustand ist, als die wirkliche bezeichnen mag, der von dem Gesetze ein für alle mal fingirten Gefahr gegenüberstehen, welche eine abstracte ist, weil eben für ihre Annahme die concreten Umstände der That ohne Bedeutung sein sollen. Wenigstens würde sich gewiß eine sparsamere Anwendung der nach dem Ermessen des Richters in abstracto gefährlichen Handlung empfehlen, wenn sich dieselbe auch vielleicht bei den Delicten gegen die Allgemeinheit, wie bei dem Lebensmittelgesetz, nicht durchaus vermeiden lassen sollte. Jedenfalls ist die gegenwärtige Behandlung der Gefahr in dem St.G.B. eine inconsequente und widerspruchsvolle, da insbesondere, wie sich z. B. aus einer Vergleichung der Gefährdung der Eisenbahn mit der Gefährdung der Schifffahrt ergibt, häufig genug der Grund nicht ersichtlich ist, warum für ein Delict die concrete, für ein anderes in dieser Richtung gleich zu beurtheilendes Delict aber die abstracte Gefahr verlangt wird, und man sogar nicht selten, wie etwa bei der Beweiserheblichkeit des §. 267 des St.G.B.'s, nicht einmal mit Bestimmtheit zu erkennen vermag, ob die gesetzliche Anordnung auf die concrete oder abstracte Gefahr abzielt.

Bezüglich des Begriffs der Gemeingefahr endlich, deren Definition bis jetzt noch nicht gelungen ist (Gerichtssaal 1887, S. 504 fg.), hebt Binding zunächst hervor, dieselbe könne unmöglich von dem Maße der Aufklärung des Thäterbewußtseins über den künftigen Zustand abhängen, und das ist denn auch natürlich richtig, wenn die Gefahr ein objectiver Zustand sein soll. Damit wird jedoch keineswegs beseitigt, daß die Verantwortlichkeit des Thäters für die verursachte Gemeingefahr nicht größer sein kann, als seine Vorstellung von derselben reicht (Causalität 1873, S. 49 fg.). Weiter wird dann erörtert, der Gegen-

Digitized by Google

satz von Gemein- und Specialgefahr könne mit dem von Gefahr in bestimmter und in unbestimmter Größe nicht zusammenfallen. Gemeingefahr sei nicht die unbestimmt große, sondern die allgemeine bestimmt oder unbestimmt große Gefahr; sie sei die Gefahr allgemeiner Verletzung — nichts weiter. Es scheine, als wolle man sich mittels jener Unbestimmtheit über die allerdings nie angenehme Nothwendigkeit wegheben, zwischen dem Einzelnen und der Allgemeinheit die Grenze zu ziehen. Aber Binding selbst sieht von einer Bezeichnung der Criterien für die Gefahr allgemeiner Verletzung im Gegensatze zur Specialgefahr ab, so daß seine betreffende Unterscheidung unbegründet gelassen worden ist. Für die Beurtheilung der Gemeingefahr soll in das Gewicht fallen, daß die Gefahr nicht nur einen Spielraum zum Wachsen, sondern auch zum Wandeln ihrer Wirkungen besitze. Die Gefahr könne zur Flucht, sowie zur Meidung ihres Orts und Wirkungskreises zwingen. Der Eintritt der Verletzung werde dann der gemeingefährlichen Handlung zum Trotze durch die Vorsicht derer, denen sie zugedacht gewesen sei, vereitelt wie im Falle des §. 366, 2 des St.G.B.'s, wenn der Tummelplatz von Pferd und Reiter aus Angst vor ihnen leer geblieben sei. Sei aber vielleicht der Thatbestand der gemeingefährlichen Verbrechen auf die bedingte Gefährlichkeit gestellt, dann liege er auch dann vollendet vor, falls noch kein Gut in deren Bannkreis gekommen sei, oder ihn sorgsam gemieden habe, wenn nur die Gefahr ihre Pforten für eine Allgemeinheit der Rechtsgüter geöffnet habe, also ergreifen wolle, jedes das ihr nahe komme, während eine Allgemeinheit ihr nahe kommen könne.

Nun glaube ich aber, daß, im Falle diese Ausführungen als richtig anerkannt werden müßten, es ganz bestimmt nicht richtig sein könnte, daß die Gefahr ein gegenwärtiger objectiver Zustand sei, welcher die Daseinsgewißheit eines gegenwärtigen Rechtsguts erschüttere. Denn gegenwärtig muß doch wohl das Rechtsgut sein, dessen Dasein erschüttert wird. Daraus geht hervor, daß eine zukünftige, oder auch erst in der Entstehung begriffene Gefahr keine Gefahr ist, weil nur durch eine bereits entstandene gegenwärtige Gefahr die Daseinsgewißheit eines Rechtsguts erschüttert

Digitized by Google

werden kann. Und es geht weiter hieraus hervor, daß vorhandene Umstände, welche die Daseinsgewißheit eines Rechtsguts erschüttern würden, im Falle es in ihren Wirkungskreis einträte, noch keine Gefahr sein können, weil eben eine gegenwärtige Erschütterung der Daseinsgewißheit hier ausgeschlossen ist. Eine bedingte Gefahr ist darum so wenig denkbar wie eine bedingte Verletzung; denn beide sind — von der Gefahr wird dies wenigstens behauptet — Wirklichkeiten, die nur entweder bestehen oder nicht bestehen, und im Uebrigen nur einen Versuch zulassen können. Darum ist die Meinung für unhaltbar anzusehen, daß derjenige, welcher die Gefahr vermeide — ob ihm die Verletzung zugedacht war oder nicht, muß bei der objectiven Natur der Gefahr als bedeutungslos angesehen werden —, gefährdet gewesen sein könne. Halten sich die Leute von dem öffentlichen Platze, auf welchem Pferde zugeritten werden, fern, so mag zwar eine Strafe für die unbefugte Benutzung des Platzes gerechtfertigt sein, aber gefährdet waren sie so wenig wie diejenigen, welche am Lande bleiben, während Haifische das Wasser unsicher machen. Dasselbe hat zu gelten, im Falle die Flucht bewerkstelligt wurde, solange die Gefahr erst noch in der Entstehung begriffen war. Daß die Gemeingefahr aber sogar vollendet sein soll, wenn eine sorgsame Vermeidung derselben stattgefunden habe, mag ja von dem Gesetze vorgeschrieben werden können, das aber dann in Wirklichkeit nicht die Verursachung der Gefahr, sondern die Handlung zur Bestrafung zieht, die Gefahr also lediglich fingirt. Ob indessen diese Auffassung der Gemeingefahr dem Gesetze mit Recht zugeschoben werden kann, dürfte doch sehr zu bezweifeln sein.

Was sodann den Versuch anbelangt, so ist für denselben durch die Erörterungen Binding's zum Begriffe der Gefahr eine neue Situation geschaffen worden, die jedoch nicht haltbar ist. Die subjective Versuchstheorie ist der Meinung, der Versuch besitze keinen objectiven Thatbestand und sei vielmehr lediglich verkörperter Wille. Die objective Versuchstheorie legt hingegen auch dem Versuche einen objectiven Thatbestand bei, und sie findet denselben in neuerer Zeit vielfach darin gegeben, daß in dem Versuche eine

Digitized by Google

Gefahr für das angegriffene Rechtsgut enthalten sei. Hiermit war die objective Natur der Gefahr behauptet, und in Folge dessen die subjective Versuchstheorie zu einer eingehenden Prüfung des Gefahrbegriffs veranlaßt worden, zu welcher es ohne diese Veranlassung vielleicht überhaupt nicht gekommen sein würde. Denn vorzugsweise für den Versuch ist die Frage, ob die Gefahr ein objectiver Zustand oder nur eine Abstraction sei, von Bedeutung.

Nun hätte ja das Gesetz allerdings anordnen können, der Versuch liege dann vor, wenn in der Absicht, zu verletzen, eine Gefahr herbeigeführt worden sei. Allein es hat diese Anordnung nicht getroffen, und es kann sich darum auch die Theorie der im Versuche objectivirten Gefahr auf das Gesetz nicht berufen. Sie ist aber auch überhaupt nicht richtig. Das ergibt sich daraus, daß sie, obwohl der Gefahrbegriff von ihr geradezu verflüchtigt werden muß, um nur das Gebiet des strafbaren Versuchs nicht allzusehr einzuschränken, auch den mit an und für sich tauglichen, aber in Folge fehlerhafter Anwendung den Eintritt des Erfolges ausschließenden Mitteln unternommenen Versuch nicht bestrafen kann. Denn es wurde bereits erörtert, daß der Schluß auf die Zukunft nur dann für gerechtfertigt gehalten werden darf, wenn ihm eine vollständig zutreffende Beurtheilung der Gegenwart zu Grunde liegt, und daß ein derartiger anscheinend gerechtfertigter Schluß diese Eigenschaft verlieren muß, wenn sich auch erst hintendrein herausstellt, daß die Gegenwart nicht richtig gewürdigt, der Schluß, es sei eine objective Gefahr verursacht worden, also falsch war. Der Gegner kann erst in dem Augenblicke gefährdet sein, in welchem das Gewehr auf ihn abgefeuert wird, und er ist nicht gefährdet, d. h. es lag für ihn eine concrete objective Gefahr in Wirklichkeit nicht vor, wenn dem Gewehre bei dem Abfeuern eine Richtung gegeben worden war, daß die Kugel einen Fuß hoch über seinem Kopfe in einen Baum einschlagen mußte. Die Behauptung, man müsse unterstellen, das Gewehr habe ja auch richtig in Anschlag gebracht werden können, in welchem Falle dann die Verletzung möglicherweise herbeigeführt worden sein würde, ist eine rein willkürliche, da sie nur zur Annahme einer bedingten Gefahr führen kann, die keine objectiv gegenwärtige ist. Dasselbe gilt,

Digitized by Google

wenn der Dolchstoß von einem Panzer abgeglitten war, und es ist eine unberechtigte Anforderung, daß man sich bei der Beurtheilung, ob objectiv Gefahr vorgelegen habe, den Panzer wegdenken soll. Hätte man die betreffenden Umstände zur Zeit dieses Gefahrurtheils gekannt, so würde es zu demselben nicht gekommen sein, und hierin liegt der Beweis dafür, daß die angenommene objective Gefahr in Wirklichkeit nicht bestand. Denn ob Thatsachen bekannt oder unbekannt waren, muß, wie gesagt, ohne Bedeutung erscheinen, wenn die Gefahr ein objectiver Zustand sein soll.

Wollte man nun entgegnen, es genüge zur Annahme des Versuchs, wenn nur die zur Zeit der That bekannten Umstände das Gefahrurtheil rechtfertigten, möge sich dann dasselbe auch nachträglich als ein irriges erweisen, so würde hierdurch die Verursachung objectiver Gefahr in die Verursachung einer lediglich subjectiven Annahme der Gefahr umgewandelt werden und die Bestrafung wegen Versuchs nicht zu verstehen sein, wenn eine Besorgniß nicht hervorgerufen worden war, der Bedrohte also etwa nichts davon bemerkt hatte, daß auf ihn geschossen werde. Denn wenn die nicht objectiv, sondern nur in der Einbildung bestehende Gefahr eine Besorgniß nicht hervorruft, so ist sie weder objectiv noch subjectiv von Bedeutung. Eine Besorgniß kann aber auch der absolut untaugliche Versuch herbeiführen. Macht man die Wahrnehmung, daß Jemand sein nur mit Pulver geladenes Gewehr auf einen Menschen abdrückt, so weiß man zwar, daß derselbe nur dann gefährdet sein kann, wenn sich auch eine Kugel in dem Laufe befindet. Allein man hat keine Veranlassung zu der Annahme, es sei dies nicht der Fall, und darum wird sich auch eine Besorgniß, namentlich bei dem Bedrohten selbst, zur Geltung bringen. Soll dagegen die stattgefundene Verursachung einer Besorgniß für den Versuch bedeutungslos erscheinen, so würde es nur die objective Gefahr sein, die er enthalten könnte, und es müßte dann, wie gesagt, der relativ taugliche Versuch straflos gelassen werden, wenn inzwischen die Thatsache der ungeschickten Anwendung des tauglichen Mittels bekannt geworden wäre. Anderenfalls besteht in Wirklichkeit die bestrittene Ver-

Digitized by Google

suchstheorie wesentlich darin, daß sie die Handlung nicht nach ihrem concreten Vorkommen, sondern nach ihrem abstracten Geeignetsein zur Verursachung einer Verletzung beurtheilt und sonach die angenommene Gefahr fingirt, was nur von dem Gesetzgeber geschehen darf.

Des Versuchs ist nach dieser Theorie derjenige schuldig, welcher in der Absicht, zu verletzen, eine Gefahr verursacht. Aber die Verursachung einer bloßen Gefahr kann doch den Willen nur als Gefährdungswillen, nicht aber als Verletzungswillen strafbar machen, wenn er nur in so weit strafbar wird, als er verursacht, und es geht hieraus hervor, daß die Behauptung, der Verletzungswille werde nicht schon durch seine bloße äußere Bethätigung, sondern nur durch seine Verursachung strafbar, nicht zutrifft. (Gerichtssaal 1888, S. 420.) Oder man müßte sich mit der Ansicht einverstanden erklären, daß der Gefährdungswille mit dem Verletzungswillen identisch sei, da beide lediglich in dem Handeln mit dem Bewußtsein der Möglichkeit des Erfolgs hervorträten. Gegen diese Auffassung richten sich meine Abhandlungen Gerichtssaal 1887, S. 17 fg., 1888, S. 408 fg.

Während hiernach die subjective Theorie dem Versuche wie der Gefahr den objectiven Thatbestand abspricht und hiermit zu dem einfachen Ergebniß gelangt, daß der Handelnde für Versuch oder Gefährdung zu bestrafen ist, je nachdem seine Absicht auf Verletzung oder bloße Gefährdung gerichtet war, die Verschiedenheit zwischen Versuch und Gefährdung nach ihr also lediglich in dieser Willensverschiedenheit beruht, die seitherige objective Versuchstheorie aber dem Versuche die verursachte Gefahr als objectiven Thatbestand zumißt und, wenn sie consequent sein will, den Gefährdungs- und Versuchswillen als identisch ansehen muß, wird nunmehr dieser Theorie gegenüber von Binding (S. 375) zunächst zutreffend darauf hingewiesen, auch der Versuch der Gefährdungsverbrechen sei strafbar, und es ergebe sich hieraus, daß die Gefährdung für den Versuch nicht wesentlich sein könne. (Gerichtssaal 1887, S. 17.) Sodann wird aber weiter erörtert, das Setzen der Ursache zur Verletzung sei für die strafgesetzgeberische Betrachtung etwas wesentlich anderes, als das Setzen der Ursache zur Gefahr. Jenes bedeute Rechtsgütervernichtung, dieses nur

Digitized by Google

Infragestellen ihres Daseins. Dieser Unterschied erstrecke sich auch auf die Anfangsstadien beider Handlungen. Endlich sei zwar kein Versuch denkbar, der sich nicht als Setzen einer Bedingung zur Ursache sei's der Verletzung, sei's der Gefährdung darstelle. Aber befinde sich denn, wer verletzen wolle, stets sofort in der für ihn glücklichen Lage, ein Spannungsverhältniß zwischen positiven und negativen Bedingungen vorzufinden, woran er nur leise zu rühren brauche, um die Gefahr des Unterliegens der negativen Bedingungen zu bewirken? Wie vieler Verbrecher Kraft erlahme im Versuchsstadium, bevor sie eine gefährliche Sachlage geschaffen hätten! So ergebe sich: vergleiche man rein objectiv das Ergebniß des Versuchs, auch nur des Verletzungsversuchs, mit dem der vollendeten Gefährdung, so bleibe jenes unendlich oft hinter diesem zurück. Aber auch dann, wenn beide, wie leicht möglich, in ihren Wirkungen auf den Stand der Bedingungen gleich seien — für den Juristen sei stets Verletzungsversuch etwas anderes als vollendete Gefährdung, und für ihn ergreife der Gegensatz von Versuch und Vollendung auch das ganze Gebiet der Gefährdungsverbrechen.

Aus dieser Erörterung ist zwar mit Bestimmtheit zu entnehmen, daß der Verletzungswille von dem Gefährdungswillen absolut verschieden sei. Ob jedoch auch zwischen dem objectiven Thatbestand von Versuch und Gefahr diese absolute Verschiedenheit bestehe, ist im Unklaren geblieben. Die Bezugnahme auf die gesetzgeberische Betrachtung und den Juristen fördert in dieser Richtung nicht. Wollte man aber diese absolute Verschiedenheit annehmen, so müßte für den Beginn der Gefahr eine objective Grenze festgestellt werden, was nicht ausführbar ist, und es würde auch aus diesem objectiven Grunde derjenige, welcher in der Absicht, ein Rechtsgut zu verletzen, eine Gefahr für dasselbe verursacht, der versuchten Verletzung nicht schuldig sein. Das kann jedoch nicht für richtig gehalten werden, und es wird darum als das Ergebniß der Erörterung Binding's festzustellen sein, daß diese absolute Verschiedenheit der objectiven Thatbestände nicht bestehe, sonach aber sowohl derjenige, welcher, in der Absicht zu verletzen, eine Gefahr bereitet, als auch derjenige, welcher in

Digitized by Google

dieser Absicht thätig wird, ohne eine Gefahr zu bereiten, des Versuchs sich schuldig mache. Darum kann jedoch auch die Unterscheidung zwischen gefährlichem und ungefährlichem Versuche nur von relativer Bedeutung sein.

Aber welche Bewandtniß soll es denn nun mit der objectiven Beschaffenheit des Versuchs haben? Die Gefährdung soll, wie gesagt, keine theilweise Verletzung sein, und es kann darum auch der gefährliche Versuch keinen Theil der Verletzung enthalten. Denn ist die Gefahr ihrer Substanz nach kein objectiver Theil der Verletzung, so kann sie auch durch den bloßen Versuchswillen nicht zu einem solchen Theile gestaltet werden. Enthält aber der gefährliche Versuch keinen Theil der Verletzung, so kann dies offenbar von dem ungefährlichen Versuche noch weniger behauptet werden. Dennoch wird jeder Versuch (S. 368, Abs. 2.) als angefangene Verletzung, und sonach als ein objectiver Theil derselben, zu den Verletzungsdelicten gerechnet; es wird sogar (S. 376, Note 11) ausdrücklich darauf hingewiesen, daß jeder Versuch eine theilweise Setzung des verbrecherischen Thatbestandes sei, und aus der Bemerkung (S. 372), die Gefährdung sei keine theilweise Verletzung, muß entnommen werden, daß, wenn auch nicht der gefährliche, so doch der ungefährliche Versuch ein Theil der Verletzung sein soll. Offensichtlich sind aber hierin Widersprüche enthalten, und es fragt sich daher, ob nicht vielleicht anderweite zutreffende Aufschlüsse über die objective Natur des Versuchs gegeben worden sind. Gesagt wird nur, es sei kein Versuch denkbar, der sich nicht als Setzen einer *Bedingung* zur Ursache, sei's der Verletzung, sei's der Gefährdung, darstelle; darin, daß sie einen *Angriff* auf den Rechtsgüterbestand enthielten, stimmten Verletzungsversuch und vollendete Gefährdung überein; zu beiden geselle sich auch der Versuch der Gefährdung. Denn Versuch und Vollendung unterschieden sich überhaupt nur durch das verschiedene *Maß* der Entwicklung des Angriffs. Aber mit diesen Behauptungen wird auch nicht entfernt die objective Natur des Versuchs dargethan. Soll der Versuch einen subjectiven und objectiven Thatbestand besitzen, so darf man sich doch nicht länger der Einsicht verschließen, daß, wie ein subjectiver Zusammenhang zwischen dem Versuchswillen

Digitized by Google

und dem in der Vollendung enthaltenen Willen — die sogar identisch sind — bestehen, so auch ein objectiver Zusammenhang zwischen dem in dem Versuche Geschehenen und der Vollendung geradeso vorhanden sein muß, wie auch in der Vollendung der subjective und objective Thatbestand zu unterscheiden sind. Statt jedoch den Nachweis dieses objectiven Zusammenhangs zu erbringen, werden stets wieder von der objectiven Versuchstheorie der Wille und das in dem Versuch Geschehene durch Worte von zweifelhafter Bedeutung in einander geschoben, so daß man sie vorerst mühsam auf ihren wahren Gehalt prüfen muß, um sich schließlich zu überzeugen, man habe es lediglich mit Aeußerungen subjectiver Natur zu thun. Dieses Vermeiden einer scharfen Unterscheidung zwischen dem objectiven und subjectiven Standpunct ist das Kennzeichen einer jeden der bis jetzt bekannt gewordenen objectiven Versuchstheorien. So sind auch die bezeichneten Aeußerungen Binding's, welche den Nachweis der objectiven Natur des Versuchs erbringen sollen, lediglich subjectiver Natur. Das Setzen einer Bedingung zur Ursache kann nur bedeuten, daß nach dem Willen des Handelnden das Geschehene zur Ursache werden soll. Denn daß das vergeblich Geschehene die von dem Willen unabhängige objective Bedeutung einer Bedingung für den ausgebliebenen Erfolg besitze, hat Binding nicht nachgewiesen — und es ist das auch nicht nachzuweisen, weil ein objectiver Zusammenhang zwischen einer Wirklichkeit und einer lediglich in der Idee stecken gebliebenen Zukunft nicht möglich ist. Darum bedeutet ferner der vergeblich gebliebene Angriff auf den Rechtsgüterbestand nur den auf die Verletzung desselben gerichteten Willen. Und das Gleiche gilt von der gemeinten bis zur Vollendung fortschreitenden Entwicklung des Angriffs, da auch sie lediglich in der Vorstellung des Handelnden enthalten, aber keine Wirklichkeit ist, weil sie sich auf die ausgebliebene Zukunft bezieht.

Erklärt man den Versuch für eine Gefährdung des Rechtsguts, so kann wenigstens mit einigem Scheine von Berechtigung die objective Natur desselben behauptet werden. Aber Binding ist dieser Meinung nicht, und er wird sich darum zur subjectiven Versuchstheorie bekehren müssen. Gegen dieselbe hat er auch nur

Digitized by Google

die Bemerkung vorgebracht (S. 376), es werde durch sie das Delictsmoment aus dem Versuche kühn ausgerottet, womit wohl gesagt werden soll, die Norm: „Du darfst deinen Willen, eine Verletzung herbeizuführen, nicht äußerlich bethätigen", sei falsch, und sie müsse vielmehr auch für den Versuch lauten: „Du darfst keine Verletzung verursachen" (s. u.). Aber man hat es hier lediglich mit einer willkürlichen Behauptung zu thun, da ihre Richtigkeit aus dem Gesetze, welches seine Normen bilden kann, wie es will, nicht nachweisbar ist. Dieser Bemerkung wird dann in Note 11 noch hinzugefügt, „für den Versuch formulire sich diese subjective Theorie dahin, daß es eine theilweise Setzung des verbrecherischen Thatbestandes, weil eine theilweise Setzung der Ursache eines Erfolgs überhaupt nicht gebe, daß also bei dem Versuche die rechtswidrige Handlung ganz fehle, daß er nur „die subjective Seite der Vollendung", daß mithin rechtswidriger Vorsatz und Versuch identisch sei. Diese sogenannte subjective Versuchstheorie, die das Gegentheil einer Versuchstheorie sei, da sie auch den Versuch zum Producte unserer Einbildung mache, solle hier auf sich beruhen." Mit einer Widerlegung dieses Vorwurfs (Gerichtssaal 1887, S. 530 fg.) braucht sich indessen die subjective Versuchstheorie nicht zu befassen, weil er (s. u.) von Binding selbst zutreffend als unbegründet nachgewiesen worden ist.

Unbegründet ist dann insbesondere auch die aus der Norm, also etwa aus dem Verbote: „Du sollst nicht tödten", für die objective Natur des Versuchs gezogene Consequenz. Sei alles genau und vollständig geschehen, was sie untersage, so liege das vollendete Delict vor. Allein strafbar sei ja auch die versuchte Uebertretung des Verletzungsverbots. Und doch bewiesen die Gesetze, daß sie einen wesentlichen Unterschied zwischen dem Delictsmoment der vollendeten und dem der versuchten Uebertretung des Verletzungsverbots nicht fänden. Das französische Recht stelle, wenn auch mit Unrecht, Versuch und Vollendung unter gleiche Strafe, und nach deutschem Reichsrecht liege der Höchstbetrag der Strafe für den Versuch nur um ein Kleines unter dem der Vollendungsstrafe. Daraus erhelle: maßgebend für die Auffassung des Gesetzes vom Delictsmoment in der Uebertretung der Uebertretungs-

Digitized by Google

verbote sei nicht sowohl, daß sich in der Schale des Ungehorsams die Verletzung selbst berge, sondern daß der Ungehorsam sich als begonnener verbotener Angriff auf das geschützte Rechtsgut darstelle. Ob der Angriff Erfolg gehabt habe, werde erst an zweiter Stelle bedeutsam. Verletzungsdelicte seien deßhalb sowohl die angefangenen, wie die vollendeten Uebertretungen der Verletzungsverbote. (S. 367.)

Wenn aber der Versuch nach französischem Rechte gleich der Vollendung bestraft werden soll, so ergibt sich, daß es sich nicht um die versuchte Uebertretung eines Verletzungsverbots, sondern um die vollendete Uebertretung desselben handelt. Das deutsche Reichsrecht erkennt hingegen eine wesentliche Verschiedenheit zwischen Versuch und Vollendung an, und es ist der geringe Zwischenraum zwischen der Versuchsstrafe und der Strafe für die Vollendung lediglich ein Fehler, der in der früheren Vorherrschaft des französischen Rechts in dieser Materie seine Erklärung findet. Sonach bleibt aber aus der vorstehenden Erörterung nur übrig, daß der Versuch die versuchte Uebertretung des Verletzungsverbots sei, und dieser Ungehorsam sich als begonnener verbotener Angriff auf das geschützte Rechtsgut darstelle. Allein es ist für die Frage, ob ein Versuch gegeben sei, ohne jede Bedeutung, ob ein Verletzungsverbot besteht oder nicht. Der Versuch ist kein anderer, je nachdem die zum Morde oder die zur berechtigten Nothwehr bestimmte Kugel an dem Gegner vorübergeflogen ist, und es läßt sich darum auch nicht behaupten, der Versuch sei die begonnene Uebertretung des Verletzungsverbots. Ueberdieß ist der Ungehorsam, und sonach die Uebertretung des Verletzungsverbots, bereits mit dem Abschießen des Gewehrs vollendet. Denn er bedeutet lediglich ein subjectives Verhalten, nicht aber das Ergebniß einer Handlung. Er liegt ganz in der nämlichen Weise vor, mag die Kugel getroffen oder gefehlt haben, und es verbirgt sich sonach auch nicht die Verletzung selbst in seiner Schale, sondern sie ist dessen mögliche Folge. Es lautet die bezeichnete Erörterung, als wenn die das Rechtsgut schützende Norm und nicht das Rechtsgut selbst das Object wäre, welches verletzt wird. Bei dieser Identificirung der Norm mit dem Rechtsgut kann freilich behauptet werden, die be-

Digitized by Google

gonnene Uebertretung der Norm sei die angefangene Verletzung des Rechtsguts, die fortschreitende Uebertretung der Norm die fortschreitende Verletzung des Rechtsguts und die beendigte Verletzung des Rechtsguts die beendigte Uebertretung der Norm. Wollte man jedoch auch diese Identificirung der schützenden Norm mit dem geschützten Rechtsgut, beziehungsweise deren Objectivirung als zutreffend anerkennen, so würde doch mit dieser Bezugnahme auf die Norm der Beweis des objectiven Thatbestandes des Versuchs nicht im Geringsten gefördert werden. Denn dann wirft sich die Frage, ob, im Falle es nicht zu einer vollendeten Uebertretung des Verbots gekommen ist, die Bethätigung des Willens, es zu übertreten, eine theilweise objective Verletzung desselben enthalte, oder nicht vielmehr nur als der verkörperte Verletzungswille angesehen werden könne, dem Verbote gegenüber ganz in der nämlichen Weise auf, wie sie bisher dem Rechtsgute gegenübergetreten ist.

Daß der Versuch als die angefangene Uebertretung des Verletzungsverbots ein objectiver Theil der Verletzung sei, ist hiernach von Binding nicht nachgewiesen worden, und es würde darum, da der Rechtsgüterbestand nur durch Verletzung und Gefährdung soll angegriffen werden können (S. 368), der Versuch aber diese Verletzung nicht enthält und eine Gefährdung nicht zu enthalten braucht, seine Strafbarkeit überhaupt nicht zu begründen sein. Demungeachtet muß er natürlich bestraft werden, und es ergibt sich auch der Grund für diese Bestrafung aus Binding's eigenen Erörterungen. Die Rechtsgüterschutztheorie hatte seither auf Abwege geführt, insoweit sie der Meinung war, der Rechtsschutz werde den einzelnen Gütern um ihrer selbst willen verliehen. Die Consequenz hiervon war die Straflosigkeit des absolut untauglichen Versuchs, da ein Schutzbedürfniß gegen eine unmögliche Verletzung nicht bestehe. Nunmehr hat jedoch Binding zutreffend ausgesprochen (S. 353), Rechtsgut sei alles, was in den Augen des Gesetzgebers als Bedingung gesunden Lebens der Rechtsgemeinschaft für diese von Werth sei. Das vornehmste Rechtsgut ist jedoch dieses gesunde Leben selbst, und es kann nicht zweifelhaft sein, daß in einem geordneten Staate die Rechtsgemeinschaft sich dieses Guts in einem höheren Maße erfreut, als unter Verhältnissen

Digitized by Google

allgemeiner Unsicherheit. Für unvereinbar mit dem gesunden Leben der Rechtsgemeinschaft aber muß es gehalten werden, wenn der auf eine Verletzung gerichtete Wille sich straflos bethätigen dürfte, mag die betreffende Bethätigung eine gefährdende sein oder nicht und sich mit tauglichen Mitteln gegen ein taugliches Object oder auch mit absolut untauglichen Mitteln gegen ein absolut untaugliches Object wenden. (Gerichtssaal 1888, S. 20, 37.)

Diese Consequenz zieht Binding nicht, sondern er hält daran fest, daß der Versuch ein taugliches Mittel und ein taugliches Object voraussetze. Da aber die Herbeiführung einer Gefahr nicht als ein wesentliches Merkmal des Versuchs von ihm angesehen wird, so ist doch auch nicht zu begreifen, warum das Mittel zur Verletzung tauglich, und das Object innerhalb des Wirkungskreises desselben dergestalt anwesend sein soll, daß es verletzt werden kann. Vielmehr erfährt die Tauglichkeit des Mittels und Objects mit der Preisgebung des Merkmals der objectiven Gefahr eine Umwandlung in lediglich formale Erfordernisse, die keine Berechtigung besitzen können.

Das geht denn auch aus den Erörterungen Binding's bezüglich des bedingten Versuchs hervor. Allerdings ist derselbe seither nicht besonders berücksichtigt worden. Allein für die subjective Versuchstheorie ist seine Annahme selbstverständlich, weil auch der bedingte Wille ein wirklicher Wille ist, und es für sie nur darauf ankommt, daß sich derselbe äußerlich bethätigt hat. Für die objective Versuchstheorie aber ist es ebenso selbstverständlich, daß sie den bedingten Versuch nicht annehmen kann. Denn sie verlangt die objective, also in concreto wirklich vorhandene Fähigkeit des Objects, verletzt zu werden, und ein außerhalb des Wirkungskreises des Mittels sich befindendes Object besitzt diese Fähigkeit nicht. (Abh. 1862 S. 61.) Binding erwägt indessen, der Strandräuber, welcher ein Strandfeuer lösche, wolle für den Fall, daß an jener Küste in der Thatnacht Schiffe erschienen, der Schädiger des Eisenbahndammes für den Fall, daß auf ihm Züge verkehrten, dieselben gefährden. Daß diese bedingten Gefährdungen, bei welchen Eintritt oder Ausbleiben der Bedingung ganz auf den Zufall

Digitized by Google

gestellt sein könne, im Interesse der Fernhaltung der Verletzung geradeso verboten sein müßten, wie die unbedingten, dürfe der Gesetzgeber keinen Augenblick bezweifeln. Die Handlung sei ja wie vom Standpunct des Thäters, so auch von dem des Gesetzgebers ex ante betrachtet, „genau die gleiche Verwirklichung des auf bedingte Gefährdung gerichteten Vorsatzes", möge das Schiff nachher an der Küste erscheinen oder ausbleiben. Die Norm müsse sie überhaupt, nicht nur für den letzten Fall, untersagen (S. 390). Hierin ist aber die vollständige Widerlegung der bereis mit ihrem Inhalte angeführten Note 11 enthalten. Daß es der Strandräuber nur auf Gefährdung und nicht auf Verletzung abgesehen haben sollte, wird kaum anzunehmen sein, und jedenfalls muß das, was von dem Versuche der Gefährdung gelten soll, auch von dem Versuche der Verletzung gelten. Auch ist die Bezugnahme auf den Zufall für die Beurtheilung der Thätigkeit des Strandräubers ohne Bedeutung. Denn dieselbe würde keine andere werden, wenn das Schiff nicht aus Zufall, sondern etwa gerade darum die Küste vermieden hatte, weil ihm dessen Pläne bekannt geworden waren. Sonach kommt nur in Betracht, daß der Strandräuber seinen Vorsatz, ein Schiff zu beschädigen, äußerlich bethätigt hat. Allein das Schiff ist nicht erschienen und darum lediglich ein Gegenstand der Einbildung des Strandräubers geblieben, so daß seine Thätigkeit nur gegen ein eingebildetes taugliches Object gerichtet war. Allerdings wollte er das Schiff nur für den Fall beschädigen, daß es in Folge seines Erscheinens an der Küste anwesend sein würde und sonach beschädigt werden könne; er handelte also für den von ihm angenommenen Fall, daß sich seine Thätigkeit gegen ein taugliches Object richten werde. Aber es wird hiermit die Thatsache, daß in Wirklichkeit die geäußerte Thätigkeit sich lediglich gegen ein Object der Einbildung, und sonach nicht gegen ein vorhandenes taugliches Object gerichtet hatte, nicht beseitigt. Wirklich vorhanden war nur der geäußerte Wille, ein taugliches Object zu beschädigen — für den Fall es beschädigt werden könne. Diese Eventualität liegt jedoch in jedem Versuche vor; es wird stets nur unter der Voraussetzung gehandelt, daß das Object der Einbildung in Wirklichkeit bestehe und ver-

Digitized by Google

letzt werden könne. Man schießt auf den Gegner nur unter der Voraussetzung, daß er sich innerhalb der Tragweite des Gewehrs befinde, und er nicht etwa ein Baumstamm sei. War ein Zweifel in diesen Richtungen vorhanden, so erscheint diese Eventualität noch deutlicher. Eine Täuschung über die Entfernung und Beschaffenheit des Objects lag in dem Falle des Strandräubers freilich nicht vor. Allein sein Irrthum, es werde ein Schiff in den Wirkungskreis seines Mittels eintreten, sein Irrthum also darin, wie sich die Zukunft gestalten werde, ist von der gleichen rechtlichen Bedeutung mit einer irrthümlichen Beurtheilung der Beschaffenheit der Gegenwart, und es kann auch die rechtliche Beurtheilung keine verschiedene sein, je nachdem das lediglich als vorhanden eingebildete taugliche Object für die geäußerte Thätigkeit in Wirklichkeit nicht vorhanden, oder ein vorhandenes untaugliches Object für das eingebildete taugliche Object gehalten worden war. Unterstellt man, der Strandräuber habe sich statt in dem Irrthum, das Schiff werde erscheinen, in dem Irrthum befunden, ein auf dem Wasser treibender Baumstamm sei das Schiff, und nimmt man in dem ersten Falle einen Versuch an, so muß dies daher auch in dem zweiten Falle geschehen. Nun wird aber weiter behauptet werden müssen, daß, im Falle Versuch anzunehmen ist, wenn sich die geäußerte Thätigkeit auch nur gegen ein lediglich in der Einbildung bestehendes, in Wirklichkeit aber nicht vorhandenes oder untaugliches Object richtet, auch die irrthümlich eingebildete Tauglichkeit des Mittels den Versuch nicht ausschließt. Darum steht dann aber Binding mit seiner Erörterung über den bedingten Versuch vollständig auf dem Grund und Boden der subjectiven Theorie, und es wendet sich daher der in Note 11 derselben gemachte Vorwurf gegen ihn selbst.

Was endlich wieder die Gefahr anbelangt, so kann sie sich doch nach der bisherigen Auffassung der Gesetzgebung und Doctrin nur in der Gestalt der gefährlichen That erweisen. In neuerer Zeit aber erscheint sie auch in der Person des gefährlichen Menschen. Die Abhandlung von Klippel in der Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft 1890, S. 534 fg. erörtert, daß der

Digitized by Google

Determinismus Schuld und Verantwortlichkeit nicht zu begründen vermöge, wie dies auch in meiner gleichzeitig im Gerichtssaal 1890, S. 254 fg. erschienenen Abhandlung auszuführen versucht worden ist. Schuld und Verantwortlichkeit seien vielmehr nur mit der Willensfreiheit vereinbar, und sie beständen darum überhaupt nicht, weil die Willensfreiheit nicht nachgewiesen werden könne. Daraus ergebe sich jedoch nicht, daß Jeder thun dürfe, was er möge. Denn der Staat müsse dafür sorgen, daß Handlungen, durch welche sein und seiner Angehörigen Wohl und Sicherheit beeinträchtigt und verletzt würden, unterblieben. An die Stelle der Strafen gegenüber schuldvollen Handlungen träten so die Schutzmittel zur Verhütung gemeinschädlicher Handlungen. Als das wesentlichste Schutzmittel aber erscheine die Bedrohung der gemeinschädlichen Handlungen mit einem Uebel. Werde demungeachtet eine gemeinschädliche Handlung begangen, so müsse das angedrohte Uebel auch zum Vollzuge kommen, damit hierdurch das Individuum abgeschreckt oder gebessert und eventuell unschädlich gemacht werde — alles dieses, um den Staat und die Gesammtheit vor einer wiederholten gemeinschädlichen Handlung zu schützen (S. 569 fg.). Diese Erörterung, welche in dem Kampfe des quia und ne (Ztschr. 1884, S. 169 fg.) auf die Seite des letzteren tritt, kann jedoch nicht als richtig zugegeben werden. Daß die Strafen angedroht werden, um die Individuen von der Begehung von Verbrechen abzuhalten, in der Strafandrohung mithin ein Schutzmittel für die Allgemeinheit gegen die Begehung von Verbrechen gefunden werden soll, ist natürlich nicht zu bestreiten. Aber die angedrohten Strafen sind nicht Strafen für erst noch zu begehende Verbrechen, sondern sie sind Strafen für bereits begangene Verbrechen. Darum kann dem Individuum gegenüber, welches für ein begangenes Verbrechen bestraft werden soll, die Strafe keine Schutzstrafe sein. Wäre sie dies, so würde sie der That vorauszugehen haben, weil die Abwehr eines bereits der Vergangenheit angehörigen Angriffs nicht denkbar ist. Nur scheinbar wird dieses Ergebniß der Theorie der Schutzstrafe dadurch vermieden, daß dieselbe offensichtlich bei der Bestrafung der ersten Begangenschaft den Gesichtspunct, die Strafe sei nur ein Schutz-

Digitized by Google

mittel, fallen läßt und dann weiter concludirt, die Strafe für die erste That sei das Schutzmittel gegen die Begehung der zweiten (wiederholten) That, die Bestrafung für die zweite That das Schutzmittel gegen die Begehung der dritten That u. s. w. Denn in Wirklichkeit wird in dieser ganzen Reihenfolge stets die bereits begangene That bestraft, und hierzu besteht nach der Theorie der Schutzstrafe keine Berechtigung, weil sie eben die Strafe nur als ein Schutzmittel gegen die Begehung der That gelten lassen will. Die Behauptung, weil die Strafe angedroht worden sei, müsse sie auch vollzogen werden, ist gewiß richtig. Allein die Theorie der Schutzstrafe kann hiermit nicht rechtfertigen, daß sie erst nach begangener That vollzogen werden soll. Vielmehr dürfte sie, wenn sie consequent sein will, die begangene That überhaupt nicht bestrafen, sondern sie lediglich als ein Beweismittel dafür ansehen, daß man es mit einem gefährlichen Individuum zu thun habe, von welchem weitere Begehungen zu befürchten seien. Darum darf dann aber auch die begangene That nicht den Maßstab für die Bestrafung abgeben, sondern es ist derselbe allein in der durch sie erregten Befürchtung für die Zukunft zu suchen, welche jedoch unter Umständen ganz ausgeschlossen sein kann, und jedenfalls, da sie nur eine Möglichkeit umfaßt, nicht als adäquat der in der begangenen That hervorgetretenen Wirklichkeit erscheint — mag man selbst auch nur die innerlichen, subjectiven Theile derselben zur Bestrafung ziehen, die Vollendung also gleich dem Versuche bestrafen. Ist aber die begangene That nur ein Beweismittel dafür, daß man zukünftige Begehungen von dem Individuum zu erwarten habe, so verlangt auch die Anwendung der Strafe als eines bloßen Schutzmittels überhaupt nicht die stattgefundene Begehung einer That. Denn daß ein Individuum Besorgniß für die Zukunft errege, läßt sich auch durch andere Beweismittel als durch eine bereits begangene That feststellen. Ein naheliegendes Beispiel hierfür bietet der Socialismus dar, weil er den gewaltsamen Umsturz der gegenwärtigen Staatsverfassung in Aussicht stellt. Mithin würde sofort die Anwendung von Strafen als Schutzmittel, bemessen nach der Größe der Gefahr für die Zukunft, gegen die Socialisten zulässig sein, sollten sie sich auch zur

Digitized by Google

Zeit noch keiner strafbaren Handlung schuldig gemacht haben. Daß die socialistischen Vereinsbildungen nicht nach dem gemeinen Rechte strafbar seien, soll indessen hiermit nicht behauptet werden. Wird erwogen, daß man, wie gesagt, gegen das bereits Geschehene kein Schutzmittel ergreifen kann, das strafbar Geschehene mithin für die Anwendung der Schutzstrafe ohne alle Bedeutung ist, so ist es hiernach in Wirklichkeit der gefährliche, der zukünftigen Begehung einer That verdächtige Mensch, welchen sie zum Gegenstand hat. Daß man hiermit, in Ermanglung eines jeden auch nur annähernden Maßstabes für eine derartige Gefährlichkeit, zur größten, in der citirten Abhandlung auch mehrfach hervorgetretenen Willkür gelangen muß, bedarf keiner besonderen Ausführung. Hat Jemand den einzigen Feind, welchen er besaß, erschlagen, oder hat er zu seinem eigenen Schaden aus Fahrlässigkeit eine Brandstiftung verursacht, wer will dann die Größe der Gefahr für eine zukünftige Wiederholung dieser — oder auch anderer Thaten — ermessen? Nur nebenher sei bemerkt, daß das gemeinte Schutzmittel auch gegen Geisteskranke und Thiere angewendet werden könnte, und daher nicht verständlich ist, warum die Behandlung der sogenannten irren Verbrecher von derjenigen der geistesgesunden Verbrecher völlig ausgeschieden werden soll; sowie ferner, daß die Schutzstrafe in jedem einzelnen Falle zur lebenslänglichen Freiheitsentziehung führen muß, wenn nicht inzwischen die Befürchtung vor einer demnächstigen Begehung einer Strafthat in Wegfall gekommen ist, umgekehrt aber auch in jedem Falle ihr sofortiges Ende erreicht, sobald diese Befürchtung beseitigt erscheint, mag auch eine noch so schwere That begangen worden sein. Denn die That kann ja nicht bestraft werden. Die Behauptung aber, daß die Schutzstrafe zu einer Verminderung der Verbrechen führe, ist allerdings selbstverständlich, wenn die Menschen in das Gefängniß gebracht werden, bevor die Verbrechen begangen worden sind.

Daß die Strafe jeden Zweck verliere, wenn man ihr ihre Eigenschaft, ein Schutzmittel zu sein, entziehe, ist nicht zutreffend. Wie vielmehr die Androhung der Strafe allerdings ein Schutzmittel gegen die Begehung der That ist, so gestaltet sich der Vollzug der Strafe als ein Heilmittel für die durch die begangene

Digitized by Google

That verursachte Verletzung der Rechtsordnung. Die Krankheit wird aber nur darum geheilt, damit der Mensch seine Gesundheit wieder erlange, nicht zu dem Zwecke, damit er nicht zum zweitenmale erkranke, und es hat darum der Heilungsproceß mit der Genesung sein Ende erreicht. So kann jedoch auch die Bestrafung des Thäters für die durch seine That der Allgemeinheit zugefügte Schädigung nicht zum Zwecke haben, daß dieselbe nicht zum zweitenmale von ihm oder Anderen geschädigt werde. „Unleugbar steht zwar der Vollzug der Strafe im Dienste des Staatszwecks. Aber dieser Zweck liegt und erfüllt sich in der practischen Bethätigung des öffentlichen Gewissens, in dem — nicht nur theoretisch mißbilligenden, sondern practisch vergeltenden — Werthurtheil über die Uebelthat. Sie muß übel wirken für den, welcher sie thut: das ist ewiges Lebensgesetz der ethischen und der Rechtsordnung. Wir verabscheuen die Verbrechen, nicht weil wir sie strafen, sondern wir strafen sie, weil sie verabscheuungswürdig und nicht zu dulden sind; und das auf dem Gebiete des Rechts, der äußeren Handlung, nicht der Gesinnung. Alle Specialprävention, welche auf letztere die Strafe abstellt, verfälscht und verdirbt das Wesen der Rechtsstrafe. Hüten wir uns vor der Tyrannis, welche nicht die Handlung, sondern die Gesinnung straft." (Wach, Die Reform der Freiheitsstrafe 1890, S. 57; s. auch besonders Binding a. a. O. §. 55.)

Soll aber auch behauptet werden, das Heilmittel sei denn doch immerhin insofern zugleich ein Schutzmittel, als sich die Krankheit verschlimmern könne, wenn sie nicht geheilt werde, als mithin weitere strafbare Thaten zu befürchten seien, im Falle die durch die begangene That erschütterte Autorität des Gesetzes nicht in der Bestrafung derselben ihre Wiederherstellung finde, so würde doch hiermit die Frage nach der Verantwortlichkeit keineswegs beseitigt sein. Denn nunmehr würde beantwortet werden müssen, auf wen das Schutzmittel des Strafvollzugs abziele. Thiere und Unzurechnungsfähige können natürlich so wenig gemeint sein als lediglich thatsächliche Ereigniße. Daher kann sich aber dieses Schutzmittel nur gegen zurechnungsfähige Personen wenden wollen, und eine zurechnungsfähige Person ist jedenfalls nur diejenige, welcher ihre That zugerechnet werden kann, die also die Verant-

Digitized by Google

wortlichkeit für sie tragen muß, im Falle sie dieselbe schuldvoll begeht. Ist jedoch die Zurechnungsfähigkeit des Individuums Voraussetzung auch für den Strafvollzug als Schutzmittel, so liegt auch keine Veranlassung dafür vor, den Grund für die Bestrafung der bereits begangenen That nicht aus dieser That, sondern aus der sich auf die Zukunft erstreckenden Erwägung herzuleiten, sie solle die Begehung weiterer Verbrechen durch den Thäter oder Andere verhindern.

Es ist sogar diese Erwägung entschieden unrichtig, weil die Strafe ihrem Grunde entsprechen muß, und der Grund für die Bestrafung einer in der Vergangenheit verursachten Verletzung, nicht in ihrer Gefährdung der Zukunft gesucht werden darf. Daß die Strafe für eine verursachte Verletzung identisch sein könnte mit der Strafe für eine verursachte Gefährdung, ist die falsche Voraussetzung der Theorie, welche die willensfreie Begehung der That als den Grund für die Bestrafung derselben verneinen zu können meint, da sie ihn in der für den Staat bestehenden Nothwendigkeit finden zu dürfen glaubt, künftigen Verletzungen der Rechtsordnung vorbeugen zu müssen. Wäre es überhaupt möglich, diese Sicherstellung der Zukunft einem Strafensystem zu Grunde zu legen, so müßte sich dasselbe jedenfalls ganz anders gestalten, als das gegenwärtig bestehende. Die Sicherstellung der Zukunft kann hiernach nicht von bestimmendem Einfluß auf die Gestaltung der Strafen sein, sondern sie kann nur als die mittelbare Folge derselben angesehen werden. (Zeitschr. 1884 S. 170.)

Nachtrag.

In der soeben erschienenen Schrift von Professor Kohler „Studien aus dem Strafrecht" werden vielfach Fragen erörtert, welche auch in der vorstehenden Abhandlung berührt werden mußten.

Bei der Unterlassung wird ausgesprochen, nicht der bloße Naturcausalismus, sondern der Causalismus der socialen Ordnung sei auf dem Gebiete der rechtlichen Betrachtung maßgebend. Wenn Jemand als Wächter, als Posten der gesellschaftlichen Interessen, als Hemmung gegen die Wirkungen subversiver Factoren dergestalt aufgestellt werde, daß man auf ihn rechne, so erscheine seine

Digitized by Google

Unterlassung als causal. Hiermit wird aber nicht nachgewiesen, daß die sociale Ordnung einen Causalzusammenhang schaffen könne, wo keiner sei. Vielmehr bedeutet diese Erörterung lediglich, daß derjenige, welchem die Pflicht zur Abwendung eines Erfolgs aufliege, denselben verursache, wenn er diese Pflicht nicht erfülle. Vorausgesetzt wird hierbei natürlich, daß ihm die Abwendung des Erfolgs auch gelungen sein würde, wenn er seine Pflicht hätte erfüllen wollen. Aber auch unter dieser Voraussetzung ist doch nicht schon die bloße Pflichtverletzung eine Verursachung des Erfolgs. Mag immerhin die Gesetzgebung die Pflichtverletzung mit der Strafe des verursachten Erfolgs belegen, so ist es doch in diesem Falle nicht die Pflichtverletzung als Causalität, sondern es ist eine fingirte Causalität, die Unterlassung als solche, welche bestraft wird. Mit der Causalität der Unterlassung beschäftigt sich die Schrift nicht, und sie gelangt daher auch nur zu der sogenannten Rechtscausalität (Gerichtssaal 1888, S. 441 fg.).

Daß die Causalfrage von der Schuldfrage zu trennen sei, wird anerkannt. Aber es soll innerhalb der Causalität zwischen Ursache und Bedingung eine absolute Verschiedenheit bestehen. Erstere sei für die Art des Werdens entscheidend, wenn schon auch die Bedingung für das herbeigeführte Ergebniß unentbehrlich sei und häufig eine intensivere Bewegung als die Ursache entfalte. Eine absolute Werthverschiedenheit zwischen Ursache und Bedingung wird aber hiermit schwerlich vereinbar sein. Es wird auch eine solche absolute Verschiedenheit in der Lehre von der Theilnahme nicht zur Geltung gebracht. Vielmehr soll Jeder, welcher bei der That (selbst) mitwirke, auch wenn er nur die Bedingung setze, unter welcher die Causalkraft einwirken könne, für das Ganze haften und daher stets Thäter oder Mitthäter und nicht bloßer Gehülfe sein. Auch der Gehülfe ist darum ein Mitthäter, und es besteht sonach kein absoluter Unterschied zwischen ihm und dem Thäter. Vielmehr könne der lediglich „relative" Begriff des Gehülfen nur dadurch gewonnen werden, daß von den Mitthätern diejenigen ausgeschieden würden, deren Mitwirksamkeit von geringerer Intensität sei, wie diejenige der Uebrigen. Wer

Digitized by Google

neben nur geringer ausführender Thätigkeit kein hervorstechendes Interesse vertrete, könne als Gehülfe bezeichnet werden, während, wie zutreffend erörtert wird, die — von Birkmeyer vergeblich vertheidigte, auch bereits von Janka, Merkel, Landsberg und Gerichtssaal 1889, S. 265 abgelehnte — Ansicht nicht richtig sei, nach welcher die in dem St.G.B. bei den einzelnen Gesetzesartikeln angegebenen sogen. Thatbestände für die Unterscheidung zwischen Mitthätern und Gehülfen maßgebend sein sollen. Wenn jedoch eine absolute objective Verschiedenheit zwischen Ursache und Bedingung besteht, so kann eben derjenige, welcher ursachlich geworden ist, nicht Gehülfe, und derjenige, welcher lediglich bedingend war, nicht Urheber sein. Die „rationelle Urheberschaft" aber bedeutet nichts weiter, als daß der bloße Wille die Bedingung zu einer Ursache erheben könne, was im Falle einer causalen absoluten Verschiedenheit beider nicht möglich ist. Auch kann von einer geringeren ausführenden Thätigkeit keine Rede sein, wenn jede Mitwirksamkeit für das Ganze haften muß. Denn das kann nur gerechtfertigt erscheinen, wenn sie das Ganze auch verursacht hat. Daß man durch das bloße Rechnen auf die Mitwirksamkeit Anderer für das Ganze haftbar werde, wenn man auch nur einen Theil desselben verursacht habe, beruht eben wieder auf dem Irrthum, man könne in einem größeren Umfange haften, als in welchem man ursachlich geworden sei, welcher Irrthum dahin führt, daß man auch nicht einmal einen Theil zu verursachen braucht, um des Ganzen schuldig zu werden, da man hiernach die Haftbarkeit für dasselbe schon durch den bloßen Willen übernehmen kann. Darum ist auch die Behauptung nicht richtig, daß unerachtet der gleichen Unentbehrlichkeit sämmtlicher Mitwirksamkeiten dieselben doch causal ungleichwerthig sein könnten. Denn hat der Eine ein Drittel, der Andere zwei Drittel des Erfolgs verursacht, so vertheilt sich derselbe pro rata auf Beide, und es fehlt der Grund, aus welchem jeder von ihnen für das Ganze haften soll. Vor allen Dingen aber müßte dieser Grund nachgewiesen werden, bevor man es unternimmt, die Einheit des Erfolgs preiszugeben. Und wenn eine hervorragende ausführende Thätigkeit ohne hervorstechendes Interesse stattgefunden hat oder umgekehrt, so erübrigt

Digitized by Google

für die Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihülfe nur der übliche Trost, der vernünftige Richter werde die zutreffende Beurtheilung schon finden. Der Schwierigkeit dieser Unterscheidung wird man freilich enthoben, wenn man die Verschiedenheit zwischen Urhebern und Gehülfen zu einer lediglich relativen gestaltet. Aber ein rechtes Vertrauen zu diesem radicalen Mittel wird denn doch in der Schrift nicht zu erkennen gegeben, und es scheinen vielmehr die betreffenden Erörterungen in Wirklichkeit auf der causalen Werthgleichheit sämmtlicher Mitwirksamkeiten, sowie auf der Willensverschiedenheit zwischen Urhebern und Gehülfen zu beruhen, so daß die festgestellten Ergebnisse nicht wesentlich von denjenigen der subjectiven Theorie verschieden sind. — Der Begünstiger wird als ein Theilnehmer bezeichnet, weil er dazu beihelfe, daß der Effect des Delicts unverwischt bleibe. Neue Aufschlüsse über dieses Vergehen sind jedoch nicht ertheilt worden.

Die objective Versuchstheorie wird zutreffend bekämpft, man soll sich aber auch nicht auf den Standpunct der subjectiven Theorie stellen dürfen, obwohl in der bekannten Plenarentscheidung des Reichsgerichts eine wesentliche Förderung des Strafrechts zu erblicken sei. Namentlich wird anerkannt, daß der Versuch vorliege, sobald sich der Wille in erkennbarer Weise objectivirt habe und in dieser Richtung zutreffend hervorgehoben (S. 80.), in einer berechtigten Handlung könne sich ein strafbarer Wille nicht vergegenständlichen, wenn sich derselbe nicht noch nebenbei in den Umständen offenbart habe. Nur die eine Abweichung von den seitherigen Erörterungen der subjectiven Versuchstheorie ist ersichtlich, daß wenigstens nach der Vorstellung, welche sich der Thäter von Mittel und Object gemacht habe, dieselben tauglich sein müßten, weil andernfalls sein Wille sich lediglich auf etwas Indifferentes, Harmloses erstrecke. (Siehe bereits Häberlin, Gerichtssaal 1864, S. 218 fg.) Darum soll zwar das Abdrücken eines ungeladenen, für geladen gehaltenen, Gewehrs strafbarer Versuch sein, nicht aber das Todtbeten. Allein in der Bethätigung des Willens, auf welche es allein ankommen kann, liegt in beiden Fällen die nämliche absolute Untauglichkeit vor, und es besteht auch subjectiv keine Verschiedenheit, da die

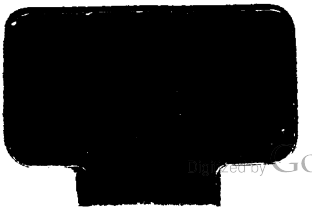
Digitized by Google

Todtbeter, welcher an die Wirksamkeit seines Mittels glaubt, keineswegs nur einen Wunsch zu erkennen gibt. (Gerichtssaal 1867, S. 63, 1868, S. 325 fg.) Es ist aber auch diese Abweichung von der bisherigen subjectiven Theorie nur von geringer practischer Bedeutung, weil regelmäßig die Vollendung eintreten wird, wenn sich das Ergebniß der Handlung so gestaltet, wie es sich der Handelnde vorgestellt hatte. Wünschenswerth wäre es ja, wenn auf dem beschrittenen Wege Fälle von der Gattung des Todtbetens und Kronenthalersteckens von dem strafbaren Versuche ausgeschlossen werden könnten. Aber es wird hier wohl nur das Gesetz zur Abhülfe im Stande sein.

Zur Rechtfertigung dieser Versuchstheorie wird darauf hingewiesen, daß die Menschheit nicht beunruhigt werde, im Falle die von dem Thäter sich vorgestellten Mittel und Objecte nicht einmal in abstracto tauglich gewesen seien. Allein es ist doch nicht einzusehen, wie die Menschheit durch die untaugliche Anwendung eines in abstracto tauglichen Mittels beunruhigt werden könnte, wenn sie sich nicht gerade dadurch beunruhigt fühlt, daß überhaupt ein auf die Verursachung eines strafbaren Erfolgs gerichteter Wille sich bethätigt hat.

Printed in Germany

Digitized by Google


Digitized by Google

Digitized by Google